

氏 名	岡田 雅夫
学 位	博士
専門分野の名称	法学
学位授与番号	博乙第4247号
学位授与の日付	平成20年3月25日
学位授与の要件	博士の学位論文提出者 (学位規則第4条第2項該当)
学位論文題目	行政法学と公権力の観念
学位論文審査委員	主査・教授 小山 正善      准教授 高橋 正徳 准教授 田近 肇 大阪大学大学院法学研究科教授 高橋 明男 近畿大学法科大学院教授 高田 敏

### 学位論文内容の要旨

本論文は、わが国の伝統的および通説的行政法学においてキー概念をなすとされる「公権力」の観念を分析・検討し、いまだ払拭しきれない「公権力」の実体的理解が行政法体系に関わる基本問題で論理的一貫性を損なっていること、行政法概念の問題においても「実体的公権力観」が実定法から遊離した概念規定を温存してきたことを論拠づけながら、新たな行政法概念、行政法学のありようを提唱するものである。

本論文は、「第1部 行政行為と公権力の概念」、「第2部 行政主体と公権力の概念」、「第3部 行政法と公権力の観念」、の3部から構成されている。

第1部では、伝統的・通説的行政法学で重視される行政行為論をとりあげ、つぎのことを指摘する。①行政行為概念を特徴づける「公権力」が実体的に観念されてきた一方で、新たに非権力的行政を念頭に形成される形式的行政行為概念の場合には「公権力」は手続的な意味で使用されているが、後者のような「公権力」理解が法解釈上優れているにもかかわらず、前者の実体的公権力観が依然として維持されているのは、行政行為概念に民事法とは異なる行政法体系の形成における「方法論上の意味」が与えられているからであること（第1章）、②法的に無効で存在しえない行政行為を無効確認訴訟によって争いいうとする伝統的・通説的行政法学説にあっては、無効の行政行為は実体法と手続法という2つの異なる次元で用いられているとして、違法の行政行為に関する限り、「実体法的にも手続法的にも無効と取消の区別は成立しえず」、「実体法的にはすべて無効であり、手続法的には、抗告訴訟による取消の対象となる」こと（第2章。第3章も同様の問題を扱う）、③取消訴訟の対象となる行政の行為の「公権力」性（行訴法3条）では手続法的理解が有力となっているのに反して、仮処分の適用が排除される行為のそれ（同44条）では実体法的理解が維持されているという矛盾があり、手続法的理解のも

とでの両者の統一という観点から、仮処分の適用排除は取消訴訟対象行為にのみ限定されるべきであること（第4章）、などである。

つづいて第2部においては、「公権力」の観念が行政行為概念の場合とならんで重要な意味をなすとされる行政主体概念をとりあげ、そこにおける「公権力」の観念の意義が追究される。その結果、①伝統的な公法私法二元論を採用する限り、私的法主体とは異なる行政主体概念（または公法人概念）が不可避となり、その際行政主体概念は「公権力」の観念によって規定されざるを得なくなるため、ここでも行政行為概念について指摘したと同様の問題が存在すること（第1章）、②「公権力」主体として定義される行政主体概念には、行政権の主体としての意味と行政上の権利義務関係の主体（＝国）としての意味との二義性が認められ、法律による行政原理でいう「行政」が前者の意味であれば「法律の留保」は立法機関と行政機関との権限関係の問題であり、後者の意味であれば「法律の留保」は従来の意味では成り立たないこと（第2章）、が指摘される。

第3部では、わが国行政法学における「公権力」観念そのものの検討と、この検討から得られた「技術的・手続的権力」観を前提としながら「行政法」概念の新たな捉え方が提示される。「公権力」観念の検討に関わる部分（第1章、第2章）は、論旨が第1部のそれと少なからず重なるので省略する。そこで、行政法概念および行政法関係の捉え方でいえば、①「行政法」とは、「行政機関に対して、当該法規が定める要件の有無を認定する権限を授権する」法、行政機関の組織に関する法（行政組織法）、行政機関の権限行使手続および権限行使に関して生じる紛争解決手続に関する法（行政手続法）を包摂するものであり、ひとことでいえば『行政機関』に関する法」として捉えられるべきであること、②法解釈学としての行政法学の主要な対象は、行政機関に権限を付与する個別の法律であり、処分権限をもつ行政機関と相手方との間の法的関係（「手続法的関係」）であって、行政法関係として従来重視されてきた、権限行使の結果たる行政主体と私人との権利義務関係ではないことが、主張されている（第3章、第4章）。

以上のような内容からなる本論文は、政治学的または社会学的色彩を払拭しきれない伝統的および通説的行政法学に対して、非法学的色彩を完全に脱色し法学的に純化しようとする方法論的自覚のもとに展開されるものであり、したがってまた、相当に挑戦的な議論に満ちた意欲的な作品であるといえることができる。批判的考察の対象は、通説的行政法体系の骨格の一部ともいえる部分であり、その意味で困難な作業であったことは想像に難くない。しかも、批判的考察にのみ終始することなく、そのなかからこれまで唱えられることのなかった新しい行政法概念、行政法学のありようを提示したことは、たとえそれが萌芽的にすぎないとしても、高い評価に値する。

本論文は、「行政法研究双書」シリーズの1冊として公刊されたことでも分かるように、すでに一定の評価を得ているとはいえ、本論文の問題提起が今後どのように通説的行政法学によって評価され、あるいは受容されていくのかどうかは、いましばらく時間を要しようが、このことは本論文に与えられるさきのような評価とは別個のことに属する。

## 学位論文審査結果の要旨

学位審査会は、2008年2月4日、岡山大学法学部会議室において、学内審査委員3名と招聘審査委員2名、計5名によって実施された。審査会は長時間に及ぶとともに、内容的にも多岐にわたったため、割愛せざるを得ない部分も少なくないが、概略以下のようであった。

審査員から提起された問題は、おおきく分けて3つの傾向のものに整理することができる。以下、それぞれの主なものを挙げておく。

まず、岡田氏の行政法学方法論または行政法体系に関連してのものであり、つぎのようなものが挙げられる。＜非法外的な要素をいっさい排除するあまり、射程の狭い、実践的にそれほど有効といえない行政法学になりはしないか＞ ＜実定法解釈論としての行政法学を強調する一方で、実定法上の無効確認訴訟を「立法の誤り」と論ずるなど、そもそも解釈論としての行政法学とはどのようなものか＞ ＜現行制度→現状分析→疑問点→解明といった問題処理法でいえば、どのような処理法をとっているのか＞ ＜行政権、法主体としての行政主体の否認の根底には厳格な国家法人説があるのか、併せて国家法人説をどのように評価し、行政権をどのように捉えているのか＞、などである。

つぎに、行政法（学）の基本原則ないしは基本的認識に関わる問題としては、つぎのようなことが提起された。＜権利義務関係としての行政法関係の意義は確かに低下したが、認識論としてはなおも必要といえるのではないのか＞ ＜法治主義と法律による行政を等置する傾向があるが、どのように考えているのか＞ ＜法律の留保論を行政法学の埒外に置くというように聞こえるが、裸の権力が出てきてはならないという意味では行政法学で論ずべきことではないのか＞ ＜公法私法の区別に関連して、当事者訴訟の意味をどのように考えているのか＞ ＜国家の権力独占・公権力がなければ法は妥当しないので、公権力は何も政治学的なものに留まらないのではないのか＞ ＜行政行為の権力性は取消訴訟という訴訟形式のもたらす効果だとされるが、これでは立法者が公権力の行使行為を取消訴訟の対象とした理由が説明できず、実体的公権力観を論破したことにならないのではないのか＞、といった問題である。

さらに、以下のような問題も提起された。＜行政主体相互間や特殊法人などの法律関係の場合、行政主体概念が有益となりはしないのか＞ ＜行政主体概念には主観訴訟の当事者適格を否定するような価値的な何かがあるのか＞ ＜民事法との対照のなかで行政法が論じられているが、権利義務関係でも財産法に解消しきれないもの、例えば破防法に基づく解散命令のように、刑事法との関係で論ずべき必要のあるものはないのか＞ ＜私的自治が働く民事法に対して、私的自治を働かせてはならないのが行政法ということはできないのか＞ ＜私法と行政法の守備範囲が重なるといったことも考えられるのではないのか＞ ＜行政機関相互間で権力的なものはあるのか、地方自治法上の権力的な関与について手続的な公定力があるとの議論もあるが、自治体が従わない場合でも法的制裁はなく、これを権力的ということができるとは、などの問題である。

以上のような問題提起のなかには、本論文でとりあげられた論点に関連するというよりは間接的にのみ関わるにすぎないもの、あるいはその周辺部に位置づけられるべきものや、憲法学・行政法学にとり長年懸案でありにわかに解答し難いもの、相当の応酬を必要とするものなどが少なからず含まれており、審査会でのやりとりをここで再現しようとするのは必ずしも適切なこ

とではないだろう。ただ、2、3のことを記しておくなら、岡田氏の行政権に対するイメージは英米法的なものに近いこと、実体的に捉えられる「公権力」は「公共性」として存在しうるが、しかしそれは行政法解釈の問題ではなく立法政策の問題だと考えられること、現実の諸問題に対して射程の狭い行政法学になりうるおそれは否定できないこと、自説の実定法とのすり合わせに関して詰め甘い部分も残っていること、である。

以上のような質疑のあとに行われた審査会での審査結果は、つぎのとおりである。

第1に、本論文における岡田氏の課題意識はきわめて鮮明であり、また、行政法学全体の趨勢からみれば岡田氏の方法論は非常に独創的なものであり、しかもそれを一貫させながら論文としてまとめあげた力量は、高い評価に値すると考えられる。

第2に、収録された各個別論文が挑んだテーマは伝統的・通説的行政法体系の核心的部分に関係し、しかも各論文が有機的関連性を有しており、論文全体として通説的行政法学に対峙する気概のあるものとなっていることを、指摘しないわけにはいかない。

第3に、論文のテーマ自体が壮大さを備えており、今後の発展可能性に関しては大いに期待がもてる場所である。確かに、論文における主要な関心は行政作用論、なかでも行政行為（行政処分）論に傾斜しているきらいがあり、かかる被制約性をかかえながら行政法概念規定、行政法体系の提示へと一気に向かうことには、若干の無理をとまなう面もある。しかしながら、他面においてこのことは、今後における研究テーマの大いなる発展可能性を約束するものであるといえることができる。

以上、要するに、研究課題・研究方法の鮮明かつ独自性、論文全体としてのまとまりと質の高さ、研究テーマの発展可能性の大きさを考慮して、本論文が博士学位請求論文としての水準を十分に満たすものであることについて、審査員全員の判断は一致した。